法 学 研 究

法律体系的“恒常”与“变迁”
——制度分析理论与哈特的法实证主义

丁　利　朱宇昕
(中山大学 法学院, 广州 510275)

摘　要: 哈特的法实证主义在解释一个稳定的法律体系时很有说服力,但是其对法律变迁的情形有所忽视。而法律制度无疑在不断变迁当中,法理学需要能够更好解释法律制度变迁的理论。制度分析理论,主要研究的问题是为何大多数制度会长期稳定,而制度不断发生变迁的原因又是什么。用制度分析理论,来补充哈特的法实证主义,可以更好的理解法律如何变迁,以及变动中的法律为何有着恒常的权威。从而为法理学提供一个更贴近现实的理解法律制度的视角。

关键词: 哈特;法实证主义;制度分析理论
中图分类号:D 90　**文献标识码:**A　**文章编号:**1000-5919(2019)03-0112-12

导　论

对“法律是什么”的研究贯穿着法理学的始终。作为调整现代社会人与人之间行为的最重要的规则系统,法律体系必须保证其不言自明的权威性,同时,又必须灵活因应社会环境的迅速变化。法律体系一方面要“静如山岳”,另一方面却又要“动若江河”,这两个目标之间无疑包含着内在的不一致。这种“权威恒在”与“常变常新”之间的内在张力,构成了法理学必须处理的重大问题。

法实证主义是当代法理学中的主流学派之一。法实证主义者对此问题的回答是:习惯决定了法律的“变”与“不变”。“存在惯习性的承认规则,即决定某种事实或事件的习惯,而这些事实或事件是用于作为固定的方式,来创制、修改和废除法律标准。”①法实证主义者的这种回答,显然不能让人满意,因为这无疑是把问题完全推给了另一个概念——“惯习性的承认规则”,我们自然会问这样的问题:这种惯习性的承认规则是从天而降的吗? 它又是否是固定不变的? 但遗憾的是,当代的法律实证主义者似乎并没有在此方面做出坚实而有效的推进。

追本溯源,法实证主义者对惯习性承认规则的强调来自哈特。作为当代法实证主义的一位奠基性的代表人物,哈特认为法律体系是“初级规则”(primary rules)与“次级规则”(secondary rules)有机结合的系统。哈特也认识到,法律制度的产生和变化,犹如人的出生和成长,从“婴儿”到“成年”,有无数中间阶段。②但对于法律体系的成长与变迁的模式,哈特似乎并未详细论述。

当今的法理学学派林立,思想纷呈,但只有少数几个学派,如法实证主义和自然法,给出了理解法律的整体图景。在法实证主义给出的巨大蓝图

收稿日期:2019-01-06
作者简介:丁利,男,山东莱西人,中山大学法学院教授。
基金项目:国家社会科学基金项目“复杂演化中的社会博弈与法律变迁研究”(项目编号:18BFX007)

① Andrei Marmor《排他性法律实证主义》,焦宝乾译,收录于朱尔斯·科尔曼、斯科特·夏皮罗主编:《牛津法理学与法哲学手册》,上海:上海三联书店 2018 年版,第 120 页。

② 参见哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,北京:法律出版社 2011 年版,第 102 页。

上,关于法律制度变迁的描述,或许是一块有待补充的拼图板块。我们需要一个既能解释稳定也能解释变迁的更为全面的法律理论,而正在蓬勃发展的制度分析理论也许是合适的工具。通过将制度分析理论与法实证主义结合,我们将尝试拓展法实证主义的疆域,使其能够解释关于法体系更为复杂且现实的问题。

鉴于哈特在法实证主义中无与伦比的主导地位,本文试图用制度分析理论的视角来看待哈特的法理学,提出一个理解法律体系的稳定与变迁的整体框架。笔者认为,在当今法实证主义越来越走向精专,越来越耽于讨论自身理论内部提出的种种细微问题的时候,回到哈特,回到最根本的问题上来,或许可以使得我们对法律的整体理解更为深入。本文第一部分回顾哈特的法实证主义,并指出其在理解法律制度的稳定与变迁方面的不足;第二部分利用制度分析理论来补充哈特理论对于法律变迁问题的忽视;第三部分将简要概述变迁过程中官员和民众的互动类型;第四部分将回答为何我们仍然信赖并遵守常变常新的法律;最后对全篇加以总结。

一、哈特的法实证主义回顾

哈特认为,法律是一种初级规则与次级规则结合的规则体系。为了解释这一规则体系,哈特描绘了两种社会:仅有初级规则的前法律社会以及加入了次级规则的现代法律社会。在这一转变中,社会成员分化为两种:官员与民众。他们服从法律的缘由不一样,官员是基于内心对法律的认同,民众大多数是基于权衡利弊。接下来,我们将还原哈特设想的“前法律社会”演化到现代法律社会的图景,并揭示这一构想所忽略的部分“事实”。

(一)哈特的法实证主义概述

哈特认为法律体系存在着两种规则:第一种规则科以义务,第二种规则授予权力。① 任何社会都有两种人,一种人持有“外在观点”,他们无法站在规则的角度来思考自己的生活,仅仅是将规则视为惩罚或关于某种不愉快后果将会发生的预测;而另一种人持有“内在观点”,从规则的角度看待自己以及他人的行为,并自愿合作以维持规则。

分清了两种规则与两种对义务的理解后,哈特开始想象一个没有立法机构和法院等机构的“前法律社会”。但即使在这样一个社会中,也必须存在一些科予义务的初级规则(例如避免杀人、偷窃和欺骗的规则)来避免我们生活在“自杀俱乐部”。尽管前法律社会仅有初级规则而没有次级规则,但其初级规则是以习惯的方式存在,多数人持有的是“内在观点”,自觉自愿地遵守规则。

在哈特的设想中,仅有“科予义务之初级规则”的前法律世界有着若干缺陷:首先,规则仅仅是一个个独立的标准,而并不会成为一个体系,没有一个标准让我们鉴别出那些我们要共同遵守的规则;其次,由于上述标准的缺失,这种规则的变动将会是缓慢的;最后,由于没有官员,社会压力将会是分散的,维持规则的效率将会是低下的。

在前法律世界中,必须引入次级规则才能够补救不确定性②、静态性以及无效率性三个缺陷,从而迈向法律世界。它们规定了初级规则被确定、引进、废止、变动以及违规事实被决定性地确认的方式。补救不确定性的方式,是引进承认规则,这种规则会承认某种规则具有权威性,即通过初级规则所拥有的一般特征来鉴别规则。补救初级规则静态性的方式,是引进变更规则,这种规则将授权某个人或团体权力,使他们能够遵照清楚的或者复杂的程序创制法律。补救由于社会压力分散导致的无效率的方式,是引进裁判规则,即授权某些人来惩罚违反规则的人或者强迫他们赔偿损失。③

与前法律社会比起来,法律社会不仅分化出

---

① M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 9th edition, Sweet & Maxwell, 2014, p.215.

② 这里的“不确定性”仅指哈特话语中的不确定性,即:“规则仅仅是一个个独立的标准,而并不会成为一个体系,没有一个标准让我们鉴别出那些我们要共同遵守的规则。”与后文中的博弈结构的不确定性是不同的概念。

③ 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,北京:法律出版社 2011 年版,第 86-87 页。

了初级规则与次级规则两种规则,而且分化出了官员和民众两个阶层。所以,在现代社会中,人们对法律的服从分为两种情况,一般人民可以单纯地就自己考量,而且可以出于任何动机来服从法律,尽管在一个较为健康的社会中,一般人民会更进一步接受这些规则,并承认众人都有义务加以遵守。而官员必须将次级规则视为彼此之间的共同行为标准。① 人们对法律的概念混淆不清是因为法体系的复杂性导致了不同的人对法律的态度不一:官员在适用法律的时候采用内在观点,而普通人看待法律的时候采用的多是外在观点。②

(二)哈特理论的忽视与瑕疵

哈特发现了前法律世界的规则是散乱的,无效率的,缓慢生长的,有如在黑暗中生长的植物。通过引入次级规则,法体系才能够成为一个有序生长的制度体系。看起来,哈特给法律规则引入了某种动态因素。但是吊诡的是,虽然哈特给法律引入了某种动态因素,但是他对制度演化的过程几乎没有论述,而仅仅是在“法体系的病理”一节中略微提到独立、革命、战败等情况下的法体系变动问题;另一方面,哈特似乎没有考虑到法体系“正常独立”后的演化问题,仿佛独立就是演化的终点。尽管他有提及语言的开放性可以让我们通过解释法律来适应变化的世界,但是法律的变迁显然不仅仅是通过对法律的解释以及革命、战争等途径来达成。正如麦考密克所说:“这些(次级)规则毕竟为社会规制带来了动态因素,也为社会进化带来了动态因素;尽管在哈特的作品中这种因素被严重地低估。”③我们需要一个更加贴近现实情况的解释法律如何变迁的理论。

哈特的法体系在某种程度上来说仍然是静态的。他认为大多数民众仅仅是遵守笼统的“法律”一词而已。虽然说在有的社会,民众也许会将法律规则视为共同的行为标准,即持有“内在观点”,但民众不需要分享“内在观点”,事实上民众的心态大多数情况下是“规则通过惩罚让他屈从”。而官员,必须对他们适用的法律持“内在观点”。④ 甚至“在极端的情况下,内在观点可能真的仅仅局限在官员之中,这样一个社会可能十分可悲,但是我们没有理由认为(这种法体系不存在)。”⑤由此我们可以看到,在哈特的体系中,内在观点,尤其是官员的内在观点尤为重要,只要官员对法体系持内在观点,不管民众的观点如何,只要不发生“法体系的病理”,这个法体系就是“正常”的。如果我们这样理解的话,那哈特的理论不过是另一个披着官员内在观点外衣的奥斯丁理论罢了。如果静态体系中官员的态度如此重要,那么在法律体系发生变迁的过程中,是否官员的态度才是决定因素呢?还是说民众的态度也很重要?

由于哈特对法体系发生变迁的情况没有详细讨论,上述问题我们也不得而知,但是我们会隐约发现:第一,哈特从某种程度上将官员塑造成了“圣人”,对整个法体系都有一种“内心的认同”,而大多数民众仅仅是“凡人”,权衡利弊后选择遵守法律。如此的话,不管是法体系的病理中提到的敌国占领、殖民地独立,还是通过变更规则对承认规则加以修改,都需要解释官员们是如何普遍接受新的承认规则的,以及如何对新的承认规则产生“内心的认同”。第二,即使是在稳定的法体系中,官员的“普遍接受”仍然是一个苛刻的条件,因为“内心认同”并不包含权衡利弊,它是一个“圣人”的标准,如果果真如此的话,这一体系必然是内在不稳定的。哈特即使在讨论“法体系的病理”这一最严重情况下,也仅仅论述了官员的“内在观点”会发生分歧,绝不承认这种分歧可能就是基于“权衡利弊”。但是“圣人”的达成条件太苛刻,按照哈特的想法,难道官员群体做不了圣人,动了凡人之心,法体系就崩溃了吗?当然不

① 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,第 106 页。
② 但是从经济学的角度来看,每个人都存在各种各样的效用,虽然效用是多样的,但是很难说官员和民众两个群体的效用函数是截然不同的。这更符合现实生活的直觉。
③ 尼尔·麦考密克:《大师学述:哈特》,刘叶深译,北京:法律出版社 2010 年版,第 180 页。
④ 尼尔·麦考密克:《大师学述:哈特》,第 51 页。
⑤ 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,第 106 页。

可能。第三,一种内生的动力在驱动着法律变迁,那么在法律变迁的过程中,主要行动者是民众还是官员?其动力来源到底是什么?在下一部分,我们将以制度分析理论的视角来看哈特对法律制度的论述。

二、法律如何变迁——以制度分析理论为视角

为什么要引入制度分析理论?法实证主义的概念基础,社会事实命题与惯习命题主张法律本质上是一种社会创制或人工制品,①这无疑与我们的经验感知相吻合。但是完成这种划分后法实证主义将注意力主要放在确定这种社会事实的特征上,认为“至少存在一种概念上可能的法律制度,有效性标准完全是基于渊源和系谱的……”②,忽视了非法律规范如何与法律规范进行互动的过程。我们看到,自从哈特承袭奥斯丁的语义分析以来,法实证主义似乎陷入了某种对于语义分析的路径依赖。法实证主义到后来的分析法学派,长期将法律看作是一种孤立的存在,似乎忽略了其与社会的关系。而脱离了问题导向,为了建构而建构可能会距离“实证”越来越远。

制度分析理论,源于制度经济学,该学科试图回答困扰经济学家已久的问题:为何不同的国家之间经济绩效有如此之大的差异?为何同一个国家在短时间内经济绩效会发生极大的变化?而他们的回答是经济学的核心概念:社会制度中的激励。③ 利用博弈论和经济学在无数社会历史中寻求一般历史规律,这一经验与逻辑相结合的理论将会更贴近现实。

激励,狭义上它指的是对某个社会主体的行为的奖励与惩罚。④ 而博弈论,它刻画了多个行动主体进行策略性互动的局面,每个参与者都有自己的行动集合,而他的支付函数不仅仅取决于自己的行动,还受制于其他人的行动;纳什均衡等解理论,则给出了具备一定理性和智能的参与者能够发现的最合理的行为模式。如此,我们可以将激励理解为行动者的支付函数。那么制度呢?一方面,可以理解为博弈结构的一部分,或者就是博弈结构本身,它与环境、技术一起决定着支付函数从而提供影响参与者行为选择的激励。另一方面,博弈均衡也就会成为制度的外在表象;并且,由于博弈的策略集合范围巨大且不断变化,潜在的博弈均衡有时候会成为新的制度。⑤ 我们可以刻画出这样一个制度变迁的图景:环境、技术条件以及制度条件构成了博弈的结构,社会组织⑥和个人作为参与者根据自己对博弈结构的理解形成了可行的策略集合,结合对其他参与者行动的判断,从中选取合理的策略;现有的制度与均衡行为模式就是参与者互动的结果,并且随着时间的推移参与者会发现潜在的均衡,从而有激励去改变制度以使社会朝着新的方向发展。在这样的一个图景中,除了环境与技术条件的改变,参与者对博弈结构的不完美感知、参与者的观念改变、制度的自我增强与削弱都会最终引起制度变迁,接下来我们将从这三个方面来讨论法律变迁的原因。

(一)参与者对博弈结构的不完美感知

人类对世界包括其所处的博弈结构的感知是不完美的,由此会导致减少不确定性或把不确定

---

① 参见Kenneth Einar Himma,《包容性法律实证主义》,焦宝乾译,收录于朱尔斯·科尔曼、斯科特·夏皮罗主编:《牛津法理学与法哲学手册》,上海:上海三联书店2018年版,第141、145页。关于这句话,笔者认为它反映了法实证主义者的洞见,即使是哈耶克,也不会否认社会建构在秩序形成中的重要作用。

② Kenneth Einar Himma:《包容性法律实证主义》,焦宝乾译,朱尔斯·科尔曼、斯科特·夏皮罗主编:《牛津法理学与法哲学手册》,第152页。

③ See Roger B. Myerson,“Nash Equilibrium and the History of Economic Theory,” *Journal of Economic Literature*, vol. 37, no.3 (Sep.1999), pp.1068, 1070.

④ 泰勒·考恩:《考恩经济学:微观分册(第三版)》,王第海译,上海:上海人民出版社2018年版,第1页。

⑤ 参见萨缪·鲍尔斯:《微观经济学:行为,制度和演化》,江艇等译,北京:中国人民大学出版社2006年版,第35页。

⑥ 在制度分析理论中,特别是诺斯等人的话语中,组织指的是社会博弈中的参与者,例如政治组织(政党)、经济组织(企业)。

性转化为风险的制度创新。① 从旧有的感知到新的感知,从相对主观的不确定性到相对客观的风险,这些因素的变化使得博弈的策略集合并不是一成不变的。人们通过减少不确定性可以扩充自己的策略集合从而出现新的潜在均衡,有时新的均衡会演化为制度,有时人们会通过更改制度让原有均衡向新均衡移动。

如果知识存量不变,增加我们获取的信息就可以减少不确定性,扩充自己的策略集合。② 现代海上保险制度,源于 1688 年伦敦,一个不起眼的劳埃德咖啡厅,商人们在此交换航运信息,购买保险及交谈商业新闻。到了 1811 年,劳合社创建的代理人网络极大地加速并扩展了信息的收集和使用过程。通过这种信息的获取,不确定性被转化为了风险③,越来越多的人愿意与劳合社签署保险协议。④ 最终 1871 年,第一版的劳埃德法案得到通过,人们与劳合社旗下会员签署的协议正式被官方承认。⑤ 利用这种增加信息存量来减少不确定性的经验让劳合社在其他领域也可以如法炮制,不断发明出新的保险类型并最终被法律正式承认,如汽车保险、航空保险、身体部位保险、记录挑战保险等等。保险制度的产生不仅让保险公司赚得盆满钵满,还扩充了其他参与者的行动集合,让原来许多无法或难以达成的交易得以达成,新出现的均衡最后被确认为法律,构成了法律制度变迁的一部分。

其次,可以通过提高知识存量的方式来减少不确定性,扩充自己的策略集合。⑥ 提高知识存量,即技术进步,在制度分析理论中常被看作是一种引起经济变迁的因素,如企业可以通过技术进步来获得相对价格优势。事实上在法律领域我们也能看到技术进步带来的影响,如产品责任归责原则的演变。在十九世纪甚至更早,由于产品技术含量并不高,产品责任的归责原则一般倾向于双边预防,即使产品是有缺陷的,消费者在使用过程中也应该尽到一定的注意义务。但是 20 世纪 50 年代以来,随着产品的技术含量越来越高,企业对于产品的控制力越来越强的情况下,产品归责原则发展为严格责任,企业必须对有缺陷产品承担责任。近年来,严格责任无论是适用范围还是赔偿范围都有扩大化的倾向。人们认为随着企业对产品的控制力越来越强,如远程热固件升级、远程强制关机召回、使用状态监测等等技术手段,产品责任应当向着"企业责任"的方向发展,即生产厂家对产品所致的每一个伤害承担责任。归责原则的改变的原因,一方面是有的企业率先更改自己的归责条款来获得相对优势,然后企业间的竞争会让这种归责条款得到扩散。新的策略集合带来了新的均衡,企业家们有激励去移动到新的均衡。另一方面,消费者们也有激励通过影响立法,来让这种由于新技术出现而变得可行的归责原则成为正式的法律。一句话,技术进步同样会引起法律变迁。

正如上一段消费者的例子,参与者会直接投入资源去改变制度约束,让制度激励行动者们去扩充自己的策略集合。如在外国技术因为英国本土行业协会垄断,无法进入英国的情况下,国王开始通过授予垄断权的方式来引进外国技术。1623 年英国《垄断法》便源于此,让技术创新受到了制度的保护。激励减少不确定性的制度不只有专利制度,美国在《独立宣言》签署后一年,国会为了"促进科学与有用的技术",制定了《1790 版权法》,这一版权法只保护美国公民,不保护外国作家与出版商,实际上就是一部国家许可盗版性质的法律。直到 1891 年,《国际版权法》通过,美国

① 参见道格拉斯·C·诺思:《理解经济制度变迁过程》,钟正生等译,北京:中国人民大学出版社 2013 年版,第 2 页。
② 参见道格拉斯·C·诺思:《理解经济制度变迁过程》,钟正生等译,第 16 页。
③ "不确定性"与"风险"的分类由奈特提出,具体可参见富兰克·H·奈特:《风险、不确定性和利润》,王宇等译,北京:中国人民大学出版社 2005 年版,第 31 页。
④ 当然,也可以理解为不确定性并没有减少,而仅仅是人们通过制度来形成了更稳定的预期,使得以前不敢做的交易现在有了更大的激励去做。
⑤ 参见 https://www.lloyds.com/,最后访问时间 2018 年 7 月 24 日。
⑥ 参见道格拉斯·C·诺思:《理解经济制度变迁过程》,钟正生等译,第 17 页。

才结束了国家许可盗版的历史。① 减少不确定性产生的激励引起了法律制度的变迁,如果通过盗版能迅速提高组织的知识存量进而提高收益率,那么组织就会改变制度约束来鼓励盗版。反之,如果保护知识产权可以提高收益率,那么组织就会建构反对盗版的制度来激励人们对知识创新进行投资。

值得强调的是,由于我们生活在一个不确定性的世界中,实际上没有人能够知晓我们所遇到问题的正确答案。② 所以有一个允许人们试错的制度是重要的,通过组织试验的发生以及组织错误的淘汰,来尽可能发掘解决问题的办法。这也是为何哈耶克认为,一个更好的文明应该允许多样性的存在,从而让微观的秩序能够涌现到宏观层次。

(二)参与者观念的改变

当参与者有了新的信念、新的偏好时,会诱发新一轮的针对博弈结构变更的讨价还价。事实上,新的信念、新的偏好,仍然可以理解为支付函数的改变,即激励的改变。在哈特对于什么造成了法体系变迁的论述中,这是为数不多的原因之一,即内在观点的改变会引起法体系的变更,③但是他既没有论述内在观点是怎么产生的,也没有论述内在观点如何发生改变。哈耶克认为,正当行为规则是一种规制影响到他人的个人行动的规则,④它的主要功能就在于告知每个人,在什么样的条件下,某一行动属于被许可的行动。⑤在哈耶克的描述中,人们对正当行为规则态度与哈特的内在观点十分类似,即“持有此观点的人,不只记录和预测遵从规则的行为,而且也使用规则作为他们自己和其他人之行为的评价标准。”⑥

正当行为规则受到人们内心认同,是因为这种规则是人们在社会这个博弈场域中,通过社会互动过程不断发现并加以改进的,而不是某个个人发明的产物。法律中那种促使自我维系秩序得以型构的规则就是对这种正当行为规则的承认,也就是说,内在观点很多时候是一种自发秩序的产物。法实证主义出于对传统自然法无法找到正义的真正定义从而将法律与正义彻底切割,但是在哈耶克看来这种正当行为规则其实就是我们在一次次博弈中得到的有关正义的否定性知识。我们也许的确找不到终极的正义形态,但是在一次次内在观点的竞争中,我们能够找到更好的人与人互相交往的评价标准。

参与者的观念,在社会互动过程中会自发演化,这样的例子有很多。罗马法对私犯行为的制裁经历了从私人报复到损害赔偿诉的复杂发展阶段。部落时期,为被杀害的亲属报仇是一项公认的义务。但是漫无节制的血亲复仇带来的极端后果是人口的减少,为了将双方损失控制在一定程度,人们萌生出同态复仇的观念。但即使是同态复仇,仍不可避免地损失劳动力。到了农业社会,随着财产观念与商品交换的产生,人们开始尝试用赎金制度来代替同态复仇。从《十二表法》的定额罚金到《阿奎利亚法》的最高市价赔偿再到裁判官法的实际损失赔偿,反映了从报复性惩罚观念逐步发展到完全的损害赔偿观念的演化过程。博弈结构发生了更改,人们有激励去更改自己的行动策略,于是这一过程反映在了法律的变迁中。

新观念也可以通过某种代表新的制度安排的权力强制推行,被推行的观念可以巩固某种制度安排,从而减少下一步制度变迁的阻力,甚至成为下一步制度变迁的基础。在改革开放初期,仍有部分人认为社会主义不应有市场经济,于是有了关于市场姓资姓社问题大讨论。后来,中共十四大支持了邓小平的见解:市场经济和计划经济只

---

① 美国策略改变的原因,恰恰是因为盗版是收益递减的。当与别国的知识存量差距缩小后,保护知识产权这一收益递增的策略是更好的选择。

② 道格拉斯·C·诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,上海:格致出版社 2014 年版,第 96 页。

③ 参见哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,第 107 页。

④ 哈耶克:《法律、立法与自由(第二、三卷)》,邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社 2000 年版,第 52 页。

⑤ 哈耶克:《法律、立法与自由(第二、三卷)》,邓正来等译,第 58 页。

⑥ 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,第 89 页。

是资源配置的两种机制,要以“建立社会主义市场经济体制”为全党的目标。新观念得到了权力的推行,随之而来的是体现这一新观念的法律变迁过程,如《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国企业破产法(试行)》等一系列体现社会主义市场经济体制的法律的颁布。如果说上一段所举的例子是人们通过长期的博弈互动才找到了新的视角看待博弈结构,从而发生了行动策略与制度安排的改变,那么这种利用权力推行的情况就是社会精英利用自己的资源来直接改变博弈结构,让人们有更改行动策略的激励。

(三)制度的自我增强与削弱

有时,即使不考虑不确定性,以及参与者观念的改变,给定一个初始信念,制度也可能会发生自我增强与削弱。究其原因,仍然是激励的作用,有的博弈结构会激励人们固守原有的策略甚至让人们更改制度(或者制度的执行)来加深这种策略。让我们回顾一下著名的猎鹿博弈:两名猎人一起去打猎,他们可以猎取鹿,也可以猎取野兔。猎鹿需要两人合作才能成功,而猎兔仅需一人;猎到鹿所得的收益大于猎到兔所得的收益,但猎鹿的风险更高,因为一旦伙伴偏离则一无所获。这一博弈有两个纳什均衡,二人合作猎鹿或者全部单干猎兔。如果我们给定了博弈参与者持有的相信别人会如何行动的初始信念,然后二人根据信念做出行动选择,并且根据上一次博弈的结果不停调整自己的信念,那么结果将会稳定在其中一种均衡行为模式上,而这一结果将进一步强化参与者的信念从而使制度得到自我增强。①

徙木立信就是一个关于共有信念与制度的自我增强的例子。② 商鞅变法之初,由于旧贵族势力庞大,民众并不相信商鞅的法律会得到执行,商鞅为了在民众中散播“大家将按照新法令行事”的共有信念,决定在都城的南门树立一根三丈高的原木,下令:“能将此木扛到北城门者,赏金子十两。”大家并不相信商鞅,因为这看起来太简单了。商鞅开始提高赏金,人们更加认为商鞅在开玩笑。当赏金提高到五十两的时候,终于有人出现,开始扛木头,当他到达北城门时,商鞅立刻赏赐了五十两的黄金给这位敢于扛木头的人。这一事件顿时轰动秦国,人们认为商鞅的变法将会成功,因为商鞅的命令一定能得到执行,大家将按照新的法令行事。由于新法以及共享信念造成的高执行力,秦国的生产力和军事实力大幅增加,从而进一步增强了商鞅的权威,削弱了旧贵族的势力,人们对新法的执行力则得到了进一步增强,商鞅就可以不断推行他的法家思想。从公元前 359 年只触及农业领域的《垦草令》,到公元前 356 年废除世卿世禄制度,再到公元前 350 年废除井田制度、统一度量衡、燔诗书……商鞅的变法过程体现了制度的自我增强。

类似的,20 世纪的哥伦比亚也可以看到制度的自我削弱。20 世纪 80 年代的哥伦比亚陷入经济危机,国家拟通过开放可卡因贸易来重振经济,虽未获通过,但可卡因卡特尔仍然通过贿赂官员建立了庞大的可卡因帝国。分权的政治体制,未能规制腐败的法律制度加上经济危机构成了当时的博弈结构。而民众的共有信念是对政府的普遍不信任,一方面源于政府无法摆脱经济危机的阴影,另一方面源于政府无法维持社会治安。在这种情况下,民众普遍选择了毒品卡特尔。一方面,以巴勃罗·埃斯科瓦尔为首的大毒枭不仅将毒品交易的巨额利润用于行贿,也用于在贫民窟兴建学校、医院、公社;另一方面,大毒枭的出现大幅度减少了过去的小黑帮火并,几个毒品寡头不仅创造了大量的就业,还维持了社会秩序。分权的政治体制让总统在面对毒枭的时候处处掣肘,即使偶尔出现了强权政府,毒品战争造成的社会动荡反而让民众反感。无法解决的腐败问题让即使是有正义感的民众也不敢告发毒枭,经济危机造成的高失业率更是让民众需要毒品以及毒品经济。所有的这些都加强了民众对政府的不信任与对毒枭的合作,哥伦比亚的制度就这样进入了不断自我削弱的死亡循环,哥伦比亚的毒枭换了一批又

① 关于制度的自我增强,阿夫纳·格雷夫在《大裂变——中世纪贸易制度比较和西方的兴起》,中信出版社 2008 年第一版中用囚徒困境博弈进行了类似的解释,感兴趣的读者可以参见该书 134 页。

② 出自《史记·卷六十八·商君列传》。

一批,但是哥伦比亚还是20世纪80年代的哥伦比亚。

三、再谈法律变迁
——精英与民众的关系

在哈特的论述中,对于民众对法律的观点一直是复杂的,有时候是和官员一样的内在观点,有时候是无所谓的态度,有时候是和官员相反的外在观点。不过无论怎样,哈特认为这都不重要,重要的是一个官员群体必须对这个法体系持内在观点。哈特没有对民众态度的多样性进行深入论述,过度强调精英在维持法体系过程当中的作用容易让我们产生某种误解。法实证主义者将法律与其他社会事实区别开来的努力,仍在不断加深这种印象,即法律的变迁过程,精英发挥了主要作用,而忽视了民众的力量。正如哈耶克所说:“法律实证主义者的这种观点意在宣称,所有法律规则的内容始终都是由意志行为制定出来的,实际上,这种观点只是对那种建构主义谬误所做的一种幼稚的表达。”①

我们这里无意详细论述精英与民众是如何在法律变迁的过程中进行互动的,我们的目标仅仅是展示在这一过程中,精英与民众关系的两种常见情况:民众通过不断互动发现均衡最后官员加以承认的法律变迁过程,以及官员直接更改博弈结构来完成的法律变迁过程。

(一)民众发现均衡并由官员加以承认的法律变迁过程

哈特将重点放在了官员的承认,但承认的规则中,很多都是由民众在长期的社会实践中摸索出来的正当行为规则。这种对民众态度的忽视是因为哈特的混淆了两种法律间的区别,一种是促使自我维系秩序得以型构的规则(即正当行为规则),另一种是为了实现特定目的而以命令方式指导一个组织的规则。②

那么大众是如何发现这些促使自我维系秩序得以型构的规则的?在一个不确定的世界,每个人都处于相对无知状态,不可能有人知道博弈场域内所有的信息。通过组织间的互动,人们可以了解到市场上相对价格的变化,从而对自己的行为加以改进从而获得相对价格优势。也就是说,在更改自己行动策略的过程中,人们能获得好处。而在不断的改进策略中,人类会遵循、传播、传递和发展那些因成功而盛行的惯例。③ 自发秩序在这一过程中产生,当我们说“由民众发起”的时候,我们并不是说某一个或者某一些民众“发明”了某些规则,而是说民众在互动过程中逐渐摸索出这些规则并使之传播最后得到大家的遵守。在社会过程当中,精英的作用是感知并求解真正重要的社会问题。④ 当一个社会中,民众已经发现了某个社会问题的均衡之后,精英将其承认,可以保护民众的预期,强化现有秩序。承认的方式可以是通过哈特所说的变更规则来改变承认规则的内容,即立法过程;或者是通过哈特所说的“语言的开放结构”⑤,让法官以行使自由裁量权的方式来承认这种规则。

欧洲商法的演进就是这样一个过程。在地中海,一个头疼的问题就是商人如何将市场扩张到海外,亲自管理未免效率低下,雇佣代理人又有代理人背叛的风险。马格里布的商人们通过成立商人联盟,来构建了一种可信的集体多边惩罚机制,实际上是改变了博弈的支付函数,让行骗中获得的短期收益要比因诚实获得的长期收益少。⑥ 到了中世纪晚期的英格兰,由于统治者并没有很好

---

① 哈耶克:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,第70页。

② 参见哈耶克:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,第71页。对于不清楚这两种该规则的读者,可以粗略地将正当行为规则理解为私法,组织规则理解为公法。感兴趣的读者可以参阅哈耶克:《法律、立法与自由》(第二、三卷)的第七章和第八章。

③ 哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,第16页。

④ 汪丁丁:《行为社会科学基本问题》,上海:上海人民出版社2017年版,第86页。

⑤ 参见哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,第117页。

⑥ 参见青木昌彦:《比较制度分析》,周黎安译,上海:上海远东出版社2001年版,第71页。

保护外来商人的产权,商人联盟的力量不足以保证合同的履行,于是商人行会以贸易禁运作为筹码与各个国家的统治者谈判,商人们得以用政治的力量来保护自己的产权和秩序。这种商人与统治者的合作过程中,商人有激励去优化自己的商事惯例并与统治者合作以获得更多更好的贸易机会,而统治者也有激励去保护商人们的利益来获得更多的税收以及维持稳定的秩序。于是,一系列的商事惯例成为具有强制执行力的各国法律。

(二)官员直接更改博弈结构来完成的法律变迁过程

当然,在官员的承认的规则中,不全是民众摸索出来的规则。在哈特构想的前法律世界中,没有政府、立法机构、司法机构,也没有民众和精英的区别,所有人对初级规则都持有一种内在观点。但这样的世界,由于没有次级规则的协助,规则的发现、普及、实施过程是效率低下的。正如凯恩斯所言,给以足够的时间自由市场会对资源进行最优的配置,但“长期来看,我们都死了”。完全依靠自生自发秩序有时不仅仅会效率低下,还可能会陷入一种均衡的困境,而这种困境是它仅凭自身力量所不能摆脱的。① 从民众中选择出精英的好处,一方面是精英可以承认民众发现的秩序从而保护预期,另一方面,精英可以从多个无差异均衡中选择一个从而形成秩序,或者更常见的,敏锐地发现潜在的更优均衡并利用其资源来推动社会变迁。毕竟,这些被社会成员认为“重要的”社会成员,比起其他人对根本重要性的社会问题具有更强的感知与求解能力。在诺斯看来,政治企业家们将组织作为一个有目的的实体,其目的就是最大化其财富、收入。② 在这个过程中,为了改变相对价格获取价格优势从而更改制度实施方式或者更改制度本身构成了制度变迁的重要来源。他们不仅有感知和求解社会问题的动机,也具有足够的资源,因为一个没有精英失灵的社会,有能力将精英筛选出来并让其掌握远超人口比例的资源控制权。

道路通行方向规则的变更就是一个从多个无差异均衡中选择其一形成秩序的过程。理论上讲,道路通行方向无论是采用左行规则还是右行规则都是一个均衡,这两种均衡是无差异的,但是这种秩序的形成和变更有时却并不是人们自发形成的,而是由精英发起最后民众纷纷认同加入而巩固的。如 19 世纪后期清朝末年,南方省份由于受到英国和当时由英国管治的香港影响,左行规则更为普及;而在北方省份,由于法国、德国、俄罗斯及美国等国的影响,大多采用右行规则。由于路径依赖作用,民众有维持原有通行规则的激励,而不会去改变它。到了 1930 年代,民国政府统一规定车辆靠左行驶,选择这一规则是站在更大的博弈来考量,民国政府和清末时期的不同在于南北的交通往来更加频繁了,政府有统一通行规则的激励。但是抗日战争期间,大量美援汽车运抵中国,必须改装以适应左行规则,不习惯靠左行驶的在华美军,频频出现交通事故。1943 年的《违警罚法》第五十八条第七款,又将规则改为靠右行驶。不过也因为美援左舵车辆持续进入中国,民众也逐渐习惯靠右的行驶方式,因为当时中国仍有部分地区的车辆靠右行驶(例如法国控制的西南地区,当时运送物资的卡车为靠右行驶)。③ 这一次更改也是站在更大博弈的角度考虑,更改通行规则的成本比维持它的成本更低,换句话说,是激励让政府再一次改变了通行规则。

另一种情况是发现潜在的更优均衡并利用其资源来推动社会变迁,醉驾入刑可做一例。过去民众一方面知道喝酒开车危险,但是另一方面应酬交际又不得不喝酒,长期的自发秩序表现为“喝酒又开车”。有的民众低估了这一均衡的风险,有的民众知晓风险但是个人的力量又无法改变博弈均衡。但是后者不会选择不喝酒,原因很简单,民众有应酬喝酒的激励,因为在规则并不健全的中国社会,应酬喝酒是一种释放合作信号的有效方式。这一博弈显然还有改进空间,通过醉驾入刑,改变了原有支付函数,打破了原有的博弈

---

① 参见哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,第 135 页。

② 参见道格拉斯·C·诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,第 88 页。

③ 参见 https://zh.wikipedia.org/wiki/道路通行方向,最后访问时间 2018 年 8 月 1 日。

均衡,“喝酒不开车”这一策略在有了刑法惩罚之后成为新的均衡策略,民众支持并加入这一精英推动的新秩序中,“代驾”这一商业模式也随之兴起。

当然,有时候民众不一定会支持精英推动的制度优化。个人利益与公共利益会存在矛盾,短期利益与长期利益也会存在矛盾,为了实现政府特定目的的法律必然会涉及差别待遇和自由裁量,这是政府“必要之恶”的体现。如很多国家的“限塑令”“限排令”“高糖税”,这些规则的确带来了一些不便,但是这是为了长期利益、公共利益。有时候,新制度的推行会伴随着激烈的反对,如 1894 年香港鼠疫事件,由于当时大多数华人并不信任西医,也不理解卫生当局的防疫方法,很多病患留在家中没有接受任何治疗,病死后尸体被人在黑夜中抛弃。导致至少 2500 人死于这次鼠疫爆发,纪录中华人占病患 98%以上,死亡率高达 95%以上;非华人病者仅不足 50 人。① 刚开始,港英政府选择印度模式,为了不激起华人反对所以仅仅提议要改善卫生条件,但是成效甚微,随后几年仍然有鼠疫爆发,直到 1903 年政府强制推行《医务卫生及建筑条例》,鼠疫才得以控制。政府之所以愿意强行推行这一条例,是因为其相对民众有信息优势,能够看到博弈的更优均衡,从而有进行制度变迁的激励。预防鼠疫的成本低于每年应对鼠疫爆发的成本,尽管强制推行卫生条例会引起华人社会的反对,但是长期来看这是值得的。对于华人社会来说,如果不是强行推行卫生条例,华人社会将要每年用大量生命作为代价来接受现代医学的治疗方法。

哈特所说的“外在观点”,民众的态度为:我不认同(这是一个好规则),但是我如果不这么做会受罚。一方面,许多法律,如财政立法、行政法、政策性措施等等,是出于政府站在更高层次的博弈来考虑问题发现了潜在均衡于是改变博弈结构来达成某种程度上的福利改善。这种法律的特质决定了总会有大部分人并不认同这些规则,比方说大多数人都会抱怨为什么我辛苦赚钱却要纳如此高昂的税?因为这些法律绝不可能存在像法律面前人人平等那样的“措施面前人人平等”。真正应该避免的是精英失灵的情况出现,精英无法感知和求解社会重要问题的时候。② 或者更糟,利用其掌握的资源配置权力为自己谋取利益的时候,此时发起的法律变迁会破坏原有的均衡,向一个更糟糕的均衡迈进。

考虑“高征税陷阱”现象。在 80 年代的美国,人们就已经基于“拉弗曲线”认识到,一个社会可以求解出某种“最优税率”来获得最大的税收总额。但是根据布坎南的研究发现,只要个体作为财政决策者,只要认为从增加政府收入中得到的好处,高于因为获取这些资金而不得不提高税率而得到的损失,他就会投票支持提高税率,结果就是 80 年代以来美国的税率长期高于“最优税率”,③简而言之,这种现代政治中的短视所造成的结果可能是“帕累托最劣”④。精英(以及支持他们的民众)通过提高税率获得了短期利益,而长期来看,他们(或者他们的后代)却不得不承受这一政策带来的损失。尽管支持政客的民众得到了好处,政客也得到了民众的支持,但是这仍然是一种“精英失灵”。

四、法律体系的“恒常”——我们为何会遵守变动中的法律

传统的工具理性思维认为,我们做出选择是基于我们的偏好排序,如果我们遵守法律,那么是因为我们权衡利弊后发现遵守法律的后果是可欲的。但是我们生活在一个不确定性的世界中,程序理性才更加符合我们的现实生活。因为感知不

① 参见 https://zh.wikipedia.org/wiki/1894 年香港鼠疫,最后访问时间 2018 年 11 月 30 日。
② 这样制度失败的例子比比皆是,可参见埃莉诺·奥斯特罗姆:《公共事物的治理之道:集体行动制度的演进》,余逊达、陈旭东译,上海:上海译文出版社 2012 年版,第 193 页。参见作者对斯里兰卡官员招聘标准的介绍。
③ 参见布坎南:《宪政经济学》,冯克利等译,北京:中国社会科学出版社 2004 年版,第 101 页。
④ 当然,“帕累托最劣”不是一个严谨的学术术语,该词是布坎南的一种修辞性用法,指代那种长期来看更糟糕的均衡。

可能完美、信号反馈可能很差、偏好会发生变化……所以我们不可能每次做出选择前都进行完全偏好排序,所以我们需要程序,需要制度,需要这种应对不确定性的自我约束。① 基于内在观点遵守的法律,主要是由于两种变迁过程产生的法律,即由民众发现均衡并由官员加以承认的法律变迁过程和得到民众支持的官员直接更改博弈结构的法律变迁过程。

民众发现均衡并由官员加以承认的法律变迁过程,能得到官员和民众们的自发遵守。因为不确定性是制度变迁的重要因素,尽管个体是无知的,但他们有通过减少不确定性来扩充自己行动集合从而获得更多利益的激励,而这一互动过程中人们会渐渐发现哈耶克所说的正当行为规则。② 最后精英加以承认来保护这种自发的秩序。这种规则当然会获得大家的自发遵守,因为这种规则是通过大家的认同而传播进而被广泛遵守从而渐渐成为自发秩序的。这种自发的遵守,可以说是内心的认同,但是我们也要看到,这里同样也有激励的作用,民众不违反这些法律的确不是因为害怕法律的惩罚,而是不这么做的确得不到什么好处,就像如果我们规定“你不可以喝 100 摄氏度的水,否则就将你关入大牢。”一样,人们不违反它不是因为害怕惩罚,而是遵守它本身就是一个比较好的均衡。对于官员们来说,这种认同也有激励的作用,就像上文举的例子,英国支持商人行会的商事惯例是有着很现实的利益考量的。而如果无法满足官员们的利益,事实上很多自发秩序并不能被承认,以西班牙为例,由于在十六世纪 20 年代发现了美洲的贵金属,专制主义得到了巩固,商人们并不像在英国那样可以通过影响国会来获得谈判地位,产权在西班牙并不能得到保护,更不用说商事规则。对于国王来说,他没有这么做的激励,美洲源源不断的贵金属和强行征收的税金已然可以供养他的无敌舰队和平叛部队,而国会对此毫无办法。③

对于另一种情况,得到民众支持的官员直接更改博弈结构的法律变迁过程,由于这些规则是精英选择或发现的,即使民众一开始并不能够认识到这些法律是合适的正当行为规则,但是民众有时候依然会遵守它们,不是由于害怕惩罚,而是一种习惯性遵守。至于到后来他们认识到这是一个正当行为规则后,大多数民众会产生内心的认同。习惯性遵守的原因,是因为过去传承下来的信念会构成新制度的初始条件,④人们在遵守精英承认的法律的信念会影响人们在遵守其他法律时的信念,这种被影响的信念很大程度上会表现为一种遵守法律的习惯。另一方面,制度是一个解决无知的装置,人们的认知资源是有限的,法律有时候是在可能的纳什均衡中创造了“焦点”,节约了大家的认知资源,形成了人们对于其他人行动的预期。⑤ 就像上述的交通规则的例子,无论是左行规则还是右行规则,只要大家都知道这一规则,秩序就可以很快出现。而对于类似醉驾入刑的例子,由于民众靠自己无法改变博弈均衡,所以这种法律会通过强力的惩罚来改变博弈结构从而让那些过于自信的人基于害怕惩罚而遵守法律,但是当人们认识到这一规则的出现产生了一个更好的博弈均衡后,他们也会产生内心的认同。

不同于醉驾入刑的例子,香港鼠疫的例子告诉我们,有时尽管精英推动的规则变迁带来的是更好的博弈均衡,但是民众可能在一段时间内都无法产生这种内心的认同,也许是比起长期利益更看重短期利益,也许是并不在乎公共福利对自己福利的影响。这种情况下民众遵守法律的原因,是避免惩罚的“激励”在起作用。

哈特提出的内在观点与外在观点的区分,是

① 参见道格拉斯·C·诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,第 29 页。

② 参见道格拉斯 · C · 诺思:《理解经济制度变迁过程》,钟正生等译,第 34 页。

③ 参见德隆·阿西莫格鲁:《国家为什么会失败》,李增刚译,长沙:湖南科学技术出版社 2016 年版,第 161 页。

④ 阿夫纳·格雷夫:《大裂变——中世纪贸易制度比较和西方的兴起》,郑江淮等译,北京:中信出版社 2008 年第一版,第 12 页。

⑤ 参见考斯克·巴苏:《政治经济学绪论:经济学的社会与政治基础研究》,严小明译,上海:复旦大学出版社 2014 年版,第 108 页。

一种对我们守法态度复杂性的洞见,但是由于他过多强调内在观点与官员的联系,从而让法实证主义视角下的守法动力神秘化、信仰化。但是利用制度分析理论,我们可以发现尽管制度变迁的因素和方式多种多样,人们遵守制度的原因却并不复杂,“激励”二字而已。如果本身法律就是博弈均衡的表达,那么民众出于激励会自发遵守法律,如果法律是更改支付函数的工具,民众出于激励会“被迫”遵守法律。对于官员们来说,不论是承认民众发现的博弈均衡还是自己直接更改博弈结构,在运用承认规则推动制度变迁的时候,我们仍然能看到激励的作用。如果是基于官员内心的认同,内心的认同当然是带来愉悦与效用的“激励”要素之一。当然,官员们也是凡人,很多时候官员之间的利益冲突会使得有的规则无法让其他官员认同,而这并不是哈特所说的内在观点的冲突,因为官员们遵守这种规则很难说没有与民众类似的“外在观点”,但是我们可以用激励去解释这些行为。法律恒常不变的权威,其实来自驱使人们进行博弈的激励,它可以是自发秩序带来的稳定预期,可以是长期守法带来的习惯,可以是均衡改进带来的守法信念,可以是内心认同带来的愉悦感,当然,也可以是害怕违法带来的惩罚。

结　语

在社会发展日新月异的当代,法律的变迁常常落后于这个由于技术革新在不断演化的社会。我们从未像现在这样,能够明显地感受到这种“权威恒在”与“常变常新”之间的内在张力。我们需要一个能够很好解释这种内在张力的理论,不仅仅是为了满足学者的好奇心,更为了通过理解这种内在张力,来更好地让法律在保证权威的前提下适应社会环境的迅速变化。制度分析理论,可以帮助我们用更新颖的视角来研究这一哈特没有详述的现象。法律制度的变迁有多种因素,而变迁过程也有多种可能,单纯的内在观点或者官员意志都无法解释复杂的现实世界。虽然变迁是复杂的,但是我们守法的原因并不神秘,而让法律权威“静如山岳”的原因——激励及其指引下的行动策略,也隐藏在让法律“动若江河”的一系列因素中。

本文是一次利用其他社会科学理论来解决法学问题的尝试,在社会转型时期,我们不应止步于用制度分析理论去理解法律的变迁与恒常,一个更加具有“真实感”的法学理论才应该是我们的不懈追求。法学从来不是一个过于自我封闭的领域,今天也许我们还需要经济学、社会学、心理学、脑科学等一切可利用的理论去补充和丰富之。如此,我们方能更好地理解法律从何而来和为何如此,甚至展望法律将走向何方。

Legal System's "Stability" and "Change": InstitutionalAnalysis Theory and Hart's Legal Positivism

Ding Li ,Zhu Yuxin

(*School of Law*, *Sun Yat-Sen University*, *Guangzhou* 510275, *China*)

Abstract: Hart's legal positivism is enough to explain a stable legal system. However, it seems not persuasive to interpret how the legal system changes. Modern institutional analysis theory, mainly studies why most institutions have a long-term stability and why institutional change happens over time. Using this theory to complement Hart's legal positivism, we could have a better understanding of how legal system changes and why a constantly changing legal system has constant authority.

Key words: HLA Hart (哈特), legal positivism, institutional analysis theory

(责任编辑　郑　园)